

イスラム法における後見

河 野 敦 代

1. はじめに
2. 身体の後見
3. 婚姻における後見
4. 財産の後見
5. むすび

1. は じ め に

イスラム法は、イスラム教徒（ムスリム ^{مسلم}）に適用される法であり、①アッラー（^{الله}）が唯一の神であり、②マホメットはアッラーの使徒であると信じる者が、イスラム教徒である。イスラム法は、西欧法のように純粋な法規範のみから構成されているものではなく、宗教的、生活的、儀礼的規範をも包含した渾然たる一体から成立っている。すなわち、イスラム法の内容は、国家、行政、民事、商事、刑事、訴訟などのあらゆる法領域にわたるが、全体としてみると、公法と私法、国内法と国際法との区別が判然とせず、更に実定法的規範と宗教的、儀礼的、生活的規範とが分化せず渾然たる一体をなす法体系である。イスラム法においては、宗教的、儀礼的な規範がきわめて重要な構成部分をなしており、実定法的規範と分離しがたい関係にたつて、イスラム教徒の公私両面の生活を厳しく規制している。イスラム教徒は、イスラム法（シャリーア ^{شريعة}）を唯一神たるアッラーが予言者マホメットを通してイスラム教徒に啓示した神聖な宗教的、儀礼的、生活的、法的規範であると信じて疑わない。イスラム法は、神の意思に起源を置くものであり、次の四つの法源を存立の基礎

とする。①コーラン (قُرْآن) アッラーが予言者マホメットを通して下した神聖な啓示) ②ハディース (حديث) 予言者マホメットの教訓および言行録で聖伝と言われるもの) ③イジュマーウ (إجماع) マホメットの友人や弟子たちの意見を集大成したもの) ④キヤース (قياس) 上記三つの法源では特定のケースが解決されない場合に、三者を比較検討して導かれた類推的演繹) である。

イスラム教は、スンニー派 (سُنِّيَّة) とシーア派 (شِيعَة) の二宗派に分かれており、両宗派は更に数分派から成立っている。各宗派および分派は、イスラム法の解釈について独自の見解を有しており、ここにイスラム法における法学派の対立を見る。本稿はスンニー派 (ハナフィー派、シャーフイー派、マーリキー派、ハンバリー派の総称) の法理論に立脚して、イスラム法における後見制度について若干の考察を試みるものである。

イスラム法において後見 (وَصِيَّة) とは、独立して完全に有効な法律行為を営む能力を有しない者 (未成年者、精神病者) の身体の監護および財産の管理を主たる内容とする私法的職務である¹⁾。本稿においては、主として未成年者の後見を記述の対象とし、精神病者の後見については必要な個所で簡単に触れるにとどめる。

イスラム法によれば、思春期と成年 (بَالِغ) は同一であり、思春期に到達すれば成年とみなされる²⁾。ハナフィー派によれば、すでに思春期に達していることを証明する特別な証拠が存在しないかぎり、男女いずれの場合にも満 15 才をもって思春期=成年とみなされるが、マーリキー派は満 18 才をもって成年とする³⁾。成年に達した者は、財産上あるいは身分上に影響を及ぼす一切の法律行為を単独で行う権利を付与される。

未成年者は男女の区別なく後見に服さなければならない。単独で完全に有効な法律行為を営む能力を有しない状態を、法律上はハブル (حَبْل) 紐につながれたの意) の状態にあると言い、この点に後見制度の法的意義が存在する。イスラム法は、未成年者の後見を①身体の後見と②財産の後

見とに大別し、さらに前者をその内容から①監護、教育のための後見と②婚姻契約を締結するための後見とに分ける。原則として、身体の後見人は、未成年者の財産上には何らの権限も与えられず、財産の後見人は、未成年者の身体に対して権限がない。従って一人の未成年者が数種の複数の後見人をもつことになり、父母以外の者も後見人となりうる（イスラム法には親権の観念は存在しない）。イスラム諸国の近代化に伴い、現在においては、監護、教育のための後見と財産の後見とは、一部はイスラム法によって、一部は近代的な制定法によって規律されているが、婚姻における後見は、家父長権の強大な純粋なイスラム法の規定のみによって、今日なお依然として規律されており、イスラム家族法の特色をなしているので、本稿においては、身体の後見の一部としてではなく、独立した項目の下に、婚姻における後見を考察する。以下、イスラム法における後見を、未成年者の①身体の後見（主として母の監護権）②婚姻における後見③財産の後見という順序で、後見の性質、後見人の資格および欠格事由、後見人の権限などにつき記述をすすめる。

- 註 1) 日本民法によれば、後見とは、①未成年者に対して親権を行う者がいないとき②親権を行う者が管理権を有しないとき③禁治産の宣言があったときに、その未成年者または禁治産者のために、身体、財産の世話をする目的で設けられた私法的職務であるが（日民、838、857、858）、イスラム法には親権の観念はなく、未成年者の心身の監護や財産の管理をすべき義務と権限を有する者は、親であれ、親以外の者であれ、すべて後見人という名称で呼ばれており、その根本において、イギリス法における未成年者後見の考え方に類似するものがある。それ故にイスラム法における後見は、親権の延長としての意味を有しない。
- 2) この理論の源泉は、コーランの戒律にある。「孤児はよく試してみて、やがて婚姻適令に達したとき、立派な分別があるものと認めたなら、そこではじめて（預っていた）財産を渡してやること」（コーラン第4章5節）。コーランの訳文は、井筒俊彦訳「コーラン」岩波文庫による。以下同じ。
- 3) K.P. Saksena, *Muslim Law*, 4th ed., 1963, p. 317.

2. 身体の後見

イスラム法においては、父が未成年者の衣食住の世話をし、監護、教育に必要な費用を支出する責任を負うが、これは父が生来の後見人である以上、当然であると言わねばならない¹⁾。男子については成年に達するまで(必身を鍛錬し、教育を施し、職業を教えこむために)、女子については成年あるいは婚姻するまで、父の扶養義務が継続する。しかし、未成年者に財産があれば、それで扶養することも可能である。つまり、必ずしも父自身の財産で扶養する必要はなく、父は未成年者所有の土地からあがる地代その他の収益を、未成年者の扶養費に充当することが許されている。また父に資力がなく、かえって母に資力があれば母が未成年者の扶養費を負担すべきであるが、これは父の法律上の扶養義務を免除するものではないから、後に求償問題が生ずる。このように父は、法律上未成年者を扶養すべき義務を負うが、他方、母には實際上、出産に続いて哺乳し、自分の腕の中で子を育てる現実的な権利がある。母のこの権利をハダーナ(幼児に対する監護権)²⁾と言い、ハダーナは母の権利であると同時に義務であるとされる。夫は妻に対してハダーナを強制する権利をもつが、ハダーナに必要な費用(子および妻の衣食住に要する費用)を負担すべき義務を負い、母のハダーナと父の費用負担義務とは不可分の関係に立つ。

ハダーナは未成年者の心身の監護、すなわち、未成年者の心身の健全な育成を目的としており、財産の管理はその内容ではないので身体の後見人は養育のための後見人と言いうる。嫡出子の父母が共同生活を営んでいるかぎり、父母は共同して未成年者の後見人となり(法律上は身体の後見人は母、財産の後見人は父とその権限は分担されるが)、実際問題としては、その権限もかなり流動的なものであり、ハダーナが両親のいずれに帰属するかという問題を論議する価値はあまりないが、イスラム法は一夫多妻制を採用しており、男は同時に四人まで妻を娶ることが許されているので、

父母の婚姻中と言えども父母が共同生活を営んでおらず、別居している場合があること、婚姻解消後の未成年者の処遇などに関してハダーナは未成年者の福祉の見地から両親のいずれか一方に帰属すべきことが確定されていることを要求する。ハダーナは父母の別居あるいは婚姻解消の際に、未成年者がいずれの親の許で養育されるのが、一番幸福であるかという観点から論ぜられる。ハダーナを必要とする年令については、法学派の間に意見の相違があり、ハナフィー派は男子は7才、女子は思春期までとするが、シャーフィー派は、男子のハダーナは原則として7才で終了するが、それ以上の年令になっても、もしも子が父よりも母と一諸に生活することを希望するならば、ハダーナは継続すると解釈している。また、マーリキー派によれば、男子のハダーナも思春期まで継続する。女子については、シャーフィー派、ハンバリー派、マーリキー派はともに、ハナフィー派とは見解を異にし、婚姻まで継続すると解している³⁾。原則として、男女いずれの場合にも、未成年者が婚姻すれば母のハダーナは終了するが、ハナフィー派だけは異論をたて、女子については婚姻後も思春期まではハダーナが継続しており⁴⁾、それ故にハダーナを有する母が自分の娘を夫の家から連れ去ったとしても、夫に対して何ら刑事的責任を負わないと主張する⁵⁾。

(1) ハダーナはまず第一に母に帰属する。

イスラム法では、幼年期の子の監護は、母に属し、父は母の死後も、未成年者の女性親族が存在するかぎり、子の身体についてどういう権能も有しない。母は未成年者の性別に従って一定の年令に達するまで身体を監護する権利を有するが、母は生来の後見人ではなく、父だけが生来の後見人であり、未成年者に対して扶養義務を負うものであるから、父が母の許から未成年者を連れ去ることができないのと同様、母もまた、ハダーナを有する期間中と言えども、父の許可なしに未成年者を父の知らない場所に連れ去ることはできない。ハナフィー派によれば、未成年の女子が婚姻してもハダーナは原則として終了しないので、婚姻はしているが思春期には達していない女子の母は、夫に優先して娘の身体の監護権を有する。但し、

婚姻した女子がすでに婚姻の完了を認めてもよい年令（12.3 才位）であれば、このかぎりではないと解釈されている。ハダーナを有するのは第一次的に母であり、たとえ女子が婚姻しても夫は思春期には達していない妻の身体の後見人とはならないから、婚姻した女子の母方の叔父が夫の家からその妻を連れ去っても、母方の叔父は夫に対して誘かいなどの刑事的責任を追及されないと判示された⁶⁾。ハダーナは父母の婚姻中のみならず、婚姻解消後においても継続するものであることは、コーランの示すとおりである。コーランは離婚に関する章において「（妻が既に）母になっている場合は、もし授乳を完全に終らせたいと思うものは子供にまる二年間乳をのませるがよい。（その場合）子供の父の方では女の衣食の責を立派に果さなければならぬ……」（第 2 章 233 節）「また彼女（離婚した妻）らがお前たち（夫）のために（生んだ子供に）授乳してくれることになったら、ちゃんと報酬をやらなくてはいいかんよ。この点についてはお互いに好意をもって相談し合うように。だがどうも話がうまくまとまらなかったら、誰かほかの女に授乳して貰いなさい」（第 65 章 6 節）と規定し、これを明確にしている。また父が死亡すれば、相続人が母にハダーナの費用を支払う義務を負う。これは前記第 2 章 233 節中段において「相続人の負う義務も（父親の）それに準ず」と規定していることに依る。ハダーナは未成年者の福祉のためのみに認められるものであるから、母（母以外の女性親族の場合も同様）の生活状態一般から見て、子の身体的あるいは道徳的な幸福が保障されない疑いがあるときには、イスラム法は、母からハダーナを剥奪している。次のものが欠格事由とされる。

④ イスラム教からの離反。イスラム法は背教を重罪とし、あらゆる面で資格喪失の事由としている（相続欠格、扶養請求権の喪失）。イスラム教を離脱した者、すなわち背教者は再びイスラム教に復帰するまで投獄される⁷⁾。

⑤ 不品行。ふしだらな生活をしているとか姦通（ザーナ زانی）その他刑法上の犯罪を犯かした場合を示す。

㊦ 不信用. つねに未成年者を外に放り出しておいて、ひもじい思いをさせている場合などがこれにあたる. 離婚する以前、未成年者の世話をせず自分だけ遊び歩いていたという事実が証明されても、離婚後品行方正な生活を送り、未成年者の世話もよくしているならば、ハダーナを失わない.

㊧ 未成年者の世話をすることが不能または不適當である場合. 職業柄(たとえば歌手)未成年者を立派に養育することが不可能な場合などがこれにあたり、未成年者を扶養するために必要な財産がないという理由では、ハダーナは奪われない. なお未成年者といえども自分の子に対してはハダーナを有するが原則として他の未成年者の身体の後見人となる資格はない⁹⁾.

㊨ 未成年者の禁婚親外の者との再婚. 母のハダーナは、離婚によって失われず、未成年者が一定の年令になるまでは依然として継続するが、これは母が離婚後、独身でいるとか、未成年者の禁婚親内の者と再婚し、かつ品行方正な生活を維持していることを条件とする. 特別な欠格事由が存存しないかぎり未成年者が一定の年令になるまで、その身体の手ををする者としては、母がもっとも適任者であり、離婚したという事実だけで母からハダーナを剥奪する理由は全く存在しない. それ故に母からハダーナを剥奪しようとする者は、自ら、母の権利を失わしめる特別な欠格事由の存在を証明しなければならない⁹⁾. イスラム法によれば、母は未成年者の禁婚親内に属しない者、すなわち、第三者と再婚すると、このような者との再婚でなければ当然に有するハダーナに対する優先的資格を失うが、永久に、かつあらゆる場合において、未成年者たる自分の子の身体の後見人となる資格を失うものではなく、このような者との再婚が解消すればハダーナも復活するし、Court は未成年者の禁婚親外の者と再婚した母を、未成年者の身体の後見人として選定することもできる. Court による選定は、母が身体の後見人として選定するのに一番適任者であるときに行なわれる. たとえば母と父方の叔母の双方が未成年者の禁婚親外の者と再婚している場合に、いずれの者を未成年者の身体の後見人として選定すべきであるかを考えると、母は父方の叔母よりも適任者であることは確実である. なぜ

ならば、母は自分が生んだ子に対して何人にも勝る自然の愛情をもっているのが普通だからである¹⁰⁾。以上に記述したことからも判るように、未成年者の禁婚親外の者との再婚を欠格事由とする理由は、母が未成年者と親族関係にない者と再婚すると、未成年者は母および母の新しい夫から親切にされず、未成年者にとって不幸な結果を招くという推測にあり、再婚それ自体が欠格事由を構成するものではない。

(2) 死亡、欠格事由の存在によって母がハダーナを有しない場合には、次順位として次の女性親族が未成年者の身体の後見人となる¹¹⁾。(i) 母 (ii) 父の母 (iii) 母の祖母 h.h.S. (iv) 父の祖母 h.h.S. (v) 全血姉妹 (vi) 同母異父の半血姉妹 (vii) 同父異母の半血姉妹 (viii) 全血姉妹の娘 h.h.S. (ix) 同母異父の半血姉妹の娘 h.h.S. (x) 同父異母の半血姉妹の娘 h.h.S. (xi) 母方の全血の伯叔母 h.h.S. (xii) 母方の同母異父の伯叔母 h.h.S. (xiii) 父方の全血の伯叔母 h.h.S.。上述の順序から判るように、同親等の者の間では、母方の女性親族が父方のそれに優先してハダーナを受け継ぐ権利を有する。これはイスラムは家父長権の強い社会ではあったが、ハダーナだけは母系家族制の遺風をそのまま認めた方が未成年者の福祉の観点から一層妥当であるという結論を下したものと思われる。親等において近い者が遠い者に優先し、同位の親族の間では同父母親族が同母異父親族に優先し更に後者は同父異母親族に優先する。同位同系の者が数人いるときには、裁判官が適任者を決定する。

(3) 母もその他の女性親族もハダーナを有しない場合（死亡、欠格事由の存在によって）には、ハダーナは第三順位として次の男性親族に帰属する¹²⁾。

(i) 父 (ii) もっとも近い父方の祖父 (iii) 全血兄弟 (iv) 同父異母の兄弟 (v) 全血兄弟の息子 (vi) 同父異母の兄弟の息子 (vii) 父の全血兄弟 (viii) 父の同父異母兄弟 (ix) 父の全血兄弟の息子 (x) 父の同父異母兄弟の息子。これらの者はアサバート（父方の男性親族）と呼ばれ、身体の後見人となる順序は、被相続人の財産に対する相続順位と一致している。イス

ラム法によれば、女性未成年者の身体の後見に関しては当該女性未成年者と親族関係にない者、あるいはこのような親族関係にあっても不品行な者は後見人となる資格を有しないというのが一般的な原則である。それ故に、姉妹の夫は禁婚親内の親族（ムハッラム ^{محرم}）ではないからハダーナを有しないが、母方の叔父は女性未成年者の身体の後見人に選定されうる。

(4) (1)(2)(3)において列挙した女性および男性親族が存在しない場合、存在しても身体の後見人となる資格を剥奪されている場合には、Court が身体の後見人を選定する。選定は被後見人の禁婚親内の者（母方の叔父 e'c）について行なわれるのが普通であろうが、男性未成年者の場合には、このような者に限定されないと解する。なお Court は、未成年者の福祉の見地から父が生存している場合でさえも適当な者を身体の後見人に選定することができる。そしてこの選定によって父方の祖父以下の親族は結果的に当然には後見人となる資格を失うことになる。この選定は、父の権利を喪失または停止させて、ほかの者を後見人として選定することが未成年者の安全や福祉にとって実際に必要だと Court に思わせるような行動を父がとった場合に行われ、次のものが欠格事由として挙げられる。

④ その性格、行動からみて、父が未成年者の身体の後見人として不適任であると思われる場合。父の行動、性格その他の事情から、たとえば妻や子を虐待するとか重罪を犯かしたとか不道德なことの是認や実行などにより、父自身、未成年者の身体の後見人としては不適任であることを示すとハダーナを失う。

⑤ 外面的事情からみて不適任である場合。財政的欠乏は欠格事由ではないが、貧乏であるが故に子を遺棄したり評判の悪い人間になった場合には後見人の資格を失う。父は母と異なり何人と再婚しても身体の後見人となる資格を失わない。

⑥ 後見人としての権利を放棄した場合。ある事件において、A(男子)を8才までは父が身体の後見人として扶養し養育していたが、8才以後父はAの監護を親しい友人に依頼し、その友人がAを養育していた。父は資

力の及ぶかぎりAの扶養と教育に必要な費用を友人に支払い、Aに対する父としての責任を十分に果していた。この場合においては父はAの身体の後見人としての資格を剥奪しなければならない程、その義務を履行しなかったと言うことはできず、それ故に父はハダーナを放棄してはならず、依然として未成年者の身体の後見人であると判示された¹³⁾。

㊦ Court の管轄権の範囲外（たとえば外国）に居住している場合¹⁴⁾。

未成年者が一定の年令に達した後（ハナフィー派によれば男子は7才、女子は思春期）には、子の監護権は父に帰属する。これも子の福祉を考慮したものであり、男子が7才、女子が思春期に達したときには、教育を受けさせたり婚姻の準備をさせるなど、母やその他の女性親族では十分に与えることのできない保護を要求するからである。父は遺言によって身体の後見人を指定することができる。父も遺言後見人もいない場合には、父方の祖父、父方の祖父もいない場合には、それ以外の父方の男性親族がすでにのべた順序に従って監護権を付与される。以上に挙げた親族がいなければ Court が後見人を選定する。

未成年者の身体の後見人は、㊦未成年者の身体を監護する義務を負うが故に、未成年者の扶養、健康、教育その他の事柄を配慮する義務を負い、かつ㊦未成年の子の行動を抑制し監督する権利がある。そして命令に従わなければ、合理的な範囲内で体罰その他の懲罰を加えて、子を矯正する権利がある。

身体の後見は、男子は成年に達したとき、女子は婚姻したとき（ハナフィー派は見解を異にする）に終了する。

最後に、非嫡出子について一言触れると、イスラム法上、非嫡出子は両親のいずれにも属していない、いわゆる *filius nullius* 何人の子にも非ざる子であるが、現実問題としては、非嫡出子と言えども食物を与え、衣服を着せ、一定の場所に住まわせて養育しなければならないので、非嫡出子に対するハダーナは年令、性別に関係なく母および母方の親族に帰属する。すなわち、母のみが非嫡出子の養育に責任を負うものであり、イスラム法

は非嫡出子の福祉に冷淡である。

- 註 1) 扶養義務については、拙稿「イスラム法における扶養義務」明治大学短期大学紀要 12, pp. 35~51.
- 2) ハダーナはハダマ ^{حَدَامَة} 奉仕する、~のために働く、役に立つという単語から派生したものであろうか。
- 3) M.D. Manek, *Handbook of Mahomedan Law*, 6th ed., 1961, p. 74.
- 4) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 327.
- 5) M.D. Manek, *op. cit.*, p. 74.
- Korhan v. King-Emperor, 32, cal. 444. なお、シーア法によれば、母のハダーナは男子 2 才、女子 7 才で終了し、それ以後の子の監護権は父に帰属する。K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 331.
- 6) *Ibid.* p. 328.
- 7) *Ibid.* p. 333.
- 8) 未成年の女性親族でも婚姻すれば、絶対に後見人となりえないものではなく、優先権はないが、他に適当な者がいない場合には、後見人として選定されうる。Asaf A.A. Fyze, *Outlines of Muhammadan Law*, 3rd ed., 1964, p. 191.
- 9) シーア法によれば、母のハダーナは再婚によって絶対的に失われ、父が未成年者の年令に関係なく、監護権をもつようになる、しかし、父が死んだとか、母が第二番目の夫によって離婚された場合には、母のハダーナが復活する、K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 335.
- 10) 同様に、未成年者の禁婚親外の者と再婚した未成年者の母の姉妹は、未成年者の身体の後見人として選定される資格を失わない、未成年者の幸福のためには、未成年者の義母に先だって未成年者の母の姉妹を身体の後見人に選定する方がよい場合があるからである。
- 11) Asaf A.A. Fyze, *op. cit.*, p. 191. K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 329. M. D. Manek, *op. cit.*, p. 73.
- 12) Asaf A.A. Fyze, *op. cit.*, p. 191.
- 13) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 353.
- イスラム法は養子縁組制度を採用していないので、親が自分の子を他人にあげる約束をしても、この約束は法律上の効力を生ぜず、親は何時でも自由にこの約束を撤回することができる。しかし、生後間もない乳児が、将来の幸福のために、永久的な取決めとして第三者に預けられ、その第三者が自分の費用で 14 年間も養育し、教育し、しかも第三者が他人の子であることを隠していたために、子は第三者を自分の親だと信じており、更に第三者に何の

欠点も不行跡もないという事件において、親はハダーナを失い、自ら未成年者の身体の後見人であると主張することはできないと判示された。K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 336.

14) *Ibid.*, p. 334.

3. 婚姻における後見人

イスラム法上、婚姻は民事契約であり、申込（イジャーバ **إيجابته**）と承諾（カブール **قبول**）によって成立し、その目的は性交と子の出生を適法なものとして是認することにある。有効な婚姻契約を締結するためには、契約当事者は成年で思慮分別のある自由人であることが必要である。特に思慮分別のあることは絶対に必要であり、たとえ成年であっても思慮分別を欠く者は、有効な婚姻契約を締結することはできない。これに反して思慮分別はあるが未成年である者が締結した婚姻契約は、後見人の追認があれば有効である。婚姻の後見に関して未成年者とは、婚姻を完了するには身体的にも精神的にも未成熟な者を示す。すでに成年であることを示す特別な証拠が存在する場合は別として、イスラム法上未成年者とは15才未満の者を指し、15才になると成年者である¹⁾。イスラム法によれば、男子あるいは女子が思春期の年令に近ずき（12.3才位）自ら成年であると宣言したならば、この宣言（成年宣言）は信頼される。蓋し、思春期に達したという事実は、本人の証言のみによって確認されうる事柄だからである。ハナフィー派は、たとえ本人が成年宣言を行い、かつ自然の徴候がすでにあらわれていても男子は満12才、女子は満9才までは成年とはみなされえないと主張する。未成年者は単独で有効な婚姻契約を締結する資格はなく、未成年者の婚姻は、婚姻のための後見人によってのみ締結される。なおイスラム法には婚姻適令の観念は存在しない。

婚姻における後見人はワリー（**ولي** 保護者）²⁾と呼ばれ、ワリーとなる者は、成年で精神の健全なイスラム教徒であり、かつ未成年者と一定の親族関係にあることを要する。ワリーが回復の見込みのない精神病に患

ったときには、ワリーの資格を失うが、正気回復期間のある精神病者になったとしても、ワリーの資格を失わず、その者が正気回復期間中に締結した未成年者のための婚姻契約は、有効である。なお精神病者というためには一カ月以上もの間精神錯乱の状態が継続することを要する³⁾。また背教者もワリーとして婚姻契約を締結する権利を有しないから、イスラム教から離反した父の同意なしに母が未成年者のために婚姻契約を締結しても、この婚姻契約は有効であると判示された⁴⁾。先順位のワリーが罪を犯かして刑務所に入っているなら、その者の同意なしに次順位の者がワリーとして婚姻契約を締結しようと判示された⁵⁾。

未成年者（精神病者の場合も同じ）の婚姻における後見は次の者に帰属する⁶⁾。

(1) 父

(2) 父方の祖父 h.h.S.

(3) 兄弟および相続法における順位に従ってその他の傍系親族。すなわち、(i) 全血兄弟 (ii) 半血兄弟 (iii) 全血兄弟の息子 (iv) 半血兄弟の息子 (v) 父方の全血の伯叔父 (vi) 父方の半血の伯叔父 (vii) 父方の全血の伯叔父の息子 (viii) 父方の半血の伯叔父の息子。同親等の者が二人以上いる場合に、いずれの一方によって締結された婚姻契約も有効であり、他方がそれを追認するか否かによって効力に差異を生じない。

(4) 父方の男性親族がいないとか、いても資格がない場合には、母および父方、母方の禁婚親内の親族、すなわち、(i) 母 (ii) 父方の祖母 (iii) 母方の祖母 (iv) 全血姉妹 (v) 半血姉妹 (vi) 同母異父の兄弟 (vii) 同母異父の姉妹 (viii) 父方の伯叔母 (ix) 母方の伯叔父 (x) 母方の伯叔母 (xi) 父方の伯叔父の娘 (xii) 他の遠い親族。原則として、親等の近い者が親等の遠い者に優先してワリーとなり、親等の近い者がおり、その者が同意しないのに、親等の遠い者が未成年者のために婚姻契約を締結しても、それは法律上、権限のない者の行為であり、かかる婚姻契約は無効であるが、親等の近い者が遠隔の地に住んでおり、その者の同意を得ることが實際上

不可能である場合に、親等の遠い者が未成年者のために締結した婚姻契約は有効であると判示された⁷⁾。

(5) 官憲、すなわち裁判官 (カーディ **قاضي**)。双方代理は禁止されているので、カーディは単独で女性未成年者との婚姻契約を締結することはできない。蓋し、これを認めると女性未成年者の婚姻契約がワリーなしに締結されることになり、女性未成年者の利益を著しく害する結果を生ずるからである。女性未成年者との婚姻においては、カーディは婚姻契約の当事者であり、ワリーとして行動するものではない。この禁止条項は、好色で不正直なカーディに無制限な権限を与えないための防衛手段である⁸⁾。この場合には、女性未成年者のために別のカーディが選任されるものと解する。身体の後見の場合には、すでにのべたように、Court が後見人を選定できたが、婚姻の後見においては、Court はワリーを選定できず、Court の代表としてカーディ自身がワリーの任務を遂行する。

イスラム法における婚姻契約の特色は、未成年者は自分の意思に関係なく、ワリーによって強制的に婚姻させられうることである。ワリーのこの権限をジャバル (**جبار**) と言い、本来、この単語は巨人とか偉大なるものという意味をもつ。しかし、未成年時代にワリーによって強制的に締結された婚姻契約も子が成年に達したなら、それを解消する権利が与えられている。この権利を思春期の選択権 (ヒャール・ウル・バーリグ **حيار البالغ**) と称し、未成年者の婚姻締結の際の後見人の悪意あるいは不注意に対して、きわめて意義のある防衛手段の役割を果たしている。

原則として、思春期の選択権は、父あるいは父方の祖父以外の親族がワリーとして未成年者のために婚姻契約を締結した場合に行使され、父あるいは父方の祖父がワリーとして未成年者のために婚姻契約を締結した場合には行使することはできない。その理由は、父や父方の祖父が締結した婚姻契約は、常に未成年者 (子あるいは孫) への深い愛情をもってなされ、悪意の動機からなされるものではないと推定されることにあるとするが、父や父方の祖父がワリーとして締結した婚姻契約を全面的に信頼し絶対に

思春期の選択権を行使することはできないとすると、未成年者にとってきわめて苛酷な結果を招くことがあるので、例外的に父や父方の祖父が詐欺あるいは強迫により、または不注意で未成年者を精神異常者と婚姻させたとか当該婚姻契約が未成年者にとり明白に不利益な結果をもたらすものである場合には⁹⁾、未成年者は成年に達したなら思春期の選択権を行使して父あるいは父方の祖父によって締結された婚姻契約を解消することもできるとした¹⁰⁾。婚姻が解消されてもワリーは未成年者およびその相手方に対して損害賠償の責任を負わない¹¹⁾。

父あるいは父方の祖父以外の親族がワリーとして未成年者のために締結した婚姻契約は未成年者が成年に達した後であれば、何時でも特別の理由がなくても、全く一方的に思春期の選択権の行使により解消できるが、未成年者の相手方である他方配偶者の利益を考慮して、次の二つの場合には、思春期の選択権は消滅するとされている。

④ 女子の場合には、成年に達した以後において、父あるいは父方の祖父以外の親族によって締結された婚姻契約が存在している事実およびその婚姻を解消する権利が付与されている旨を告知されたにもかかわらず、相当の期間内に思春期の選択権を行使しないとき。

⑤ 男子の場合には、父や父方の祖父以外の親族がワリーとして締結した婚姻であることを知りながら、明示的、黙示的にそれに満足している旨の意思を表明したとき。

思春期の選択権は、相手方配偶者に対する意思表示によって行使されるものであろうが、選択権の行使だけでは婚姻は解消されず裁判所がこれを確認しなければならない。そして確認がされるまでは婚姻関係は継続しており、配偶者の一方が死亡すれば他方は相続人となる。

婚姻のための後見は、原則として思春期の到達をもって終了し、それ以後は何人も精神が健全であるかぎり、他人の関与を必要とせず単独で有効な婚姻契約を締結する権利を与えられる。しかし、この原則に関しては法学派の間で若干の意見の相違が見られる。ハナフィー派によれば男女とも

に成年に達した以後は、単独で有効な婚姻契約を締結することができ、父あるいは父方の祖父と言えども女性成年者に婚姻を強制することはできないが、マーリキー派、シャーフィー派は男性は成年によって自ら婚姻契約を締結する権利を付与されるが、女性は成年に達した以後もワリーなしに単独で婚姻契約を締結することはできないと主張する。但しワリーとなる者は父（マーリキー派）[△]父あるいは父方の祖父（シャーフィー派）に限定され、それ以外の親族はワリーとなり得ない。しかも女性成年者が処女であるときのみに後見が行われ、娘（又は孫娘）が「私は処女ではない」と宣言したなら、父あるいは父方の祖父と言えども婚姻を強制できない¹²⁾。未成年者および成年者の双方に対して婚姻を強制できる後見人を強制後見人と呼びマーリキー派では父、シャーフィー派では父と父方の祖父がこれにあたる。強制後見人と言えども成年者の娘（又は孫娘）を婚姻させるに際して、あらかじめ本人の承諾を得ておくことはスナ（سنة，推賞すべき行為）である。また強制後見人は、女性成年者と相手方である男性との間に憎悪とか遺恨のようなものがある場合、あるいは女性成年者の父とその身分において同等ではない者や相当な嫁資（マール مال）の支払いが不可能な者に対しても婚姻を強制することはできない。マーリキー派、シャーフィー派の女性成年者が自ら婚姻契約を締結したいと希望するならば、ハナフィー派に改宗し、その教義に従って婚姻契約を締結する以外に方法はないと思われる。

精神病者の婚姻について一言触れると、これらの者の婚姻契約もまたワリー（未成年者の場合と同じ）によって締結され、精神病者は単独で有効な婚姻契約を締結できない。父あるいは父方の祖父がワリーとして締結した婚姻契約は未成年者の場合と同様に、原則として被後見人たる精神病者を拘束するが、それ以外の親族がワリーとして締結した婚姻契約については、被後見人が知的能力を完全に回復したときには、否認の選択権を行使できる¹³⁾。

註 1) シーア派は思春期の年令を 9 才とする。K.P. Saksena, op. cit., p. 324.

これはアイーシャが9才でマホメットと婚姻したという伝承にもとづくものであろうか。

- 2) ワリーには保護者の他に次のような意味がある。①後援者, 支持者, ②友, 交友, ③聖者, ④守護の聖人, 鎮守の神, ⑤所有者(川崎寅雄著「アラブ語辞典」による)。所有者の意味が婚姻の後見人としての性格をよく表わしているように思われる。
- 3) R.B. Sethi, *Muslim Marriage and Dissolution*, 2nd ed., 1964, p. 64.
- 4) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 324.
- 5) *Ibid.*, P. 327, *Kaloo v. Gureeboola* 事件
- 6) シーア法によれば, 父および父方の祖父 h.h.s. だけがワリーとなりうる者であり, それ以外の親族によって締結された婚姻契約は, 権限のない者の行為とみなされ *fazuli* と呼ばれている。 *fazuli* は未成年者が思春期に達したときに追認すれば有効な行為となる。母は未成年者である自分の子が婚姻するにあたり, 何らの権限も有しない。 K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 326. A.A. Qadri, *The Dissolution of Muslim Marriage Act*, 1939, p. 38.
- 7) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 326.
- 8) Asaf A.A. Fyzee, *op. cit.*, p. 199.
- 9) 次のような場合が挙げられた。①女性未成年者が売春婦の家族と婚姻させられた場合。この婚姻の目的は彼女をも売春婦とする以外の何ものでもない。②夫となる者の姉妹の手助けをするために婚姻させた場合。③シーア派の女性未成年者がスンニー派の男性と婚姻させられた場合。④祖父によって婚姻させられたがその当時生後わずか7カ月であった場合。⑤夫となる男性が著しく欠点だらけであった場合。
- 10) R.B. Sethi, *op. cit.*, p. 66.
- 11) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 327.
- 12) Asaf A.A. Fyzee, *op. cit.*, pp. 200~201.
- 13) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 326.

4. 財産の後見

財産の後見(ビラーヤトゥ・ル・マール *بِإِذْنِ الْمَوْلَى*)は, 未成年者の財産の管理を目的とする。イスラム法では, すべての物が所有権の目的たる財産であるわけではない。所有権の目的となるためには, イスラム法上, イスラム教徒が所有および譲渡を認められた財産であり, 宗教上清浄の状

態にあることを不可欠の要件とする。この意味からコーランの写本や禁じられた楽器などは所有権の目的となる財産ではない。財産の後見人は、未成年者の財産を管理し、その財産に関する法律行為について未成年者を代理する。財産の後見人には①法律上の後見人②Courtによって選定された選定後見人③事実上の後見人の三種類があり、後見人の種類によってその権限の範囲も異なる。

(1) 法律上の後見人

(i) 父 未成年者の財産に関する後見は、まず第一に父に帰属する。
 (ii) 父の遺言によって指定された遺言後見人¹⁾。遺言後見人の指定は、指定の日以前または以後に出生したと懐胎されたとを問わず、指定者の死亡時に未成年者である、すべての子に効力が及ぶ。遺言後見人の地位は譲渡しえない。しかし指定を内容とする文書は、指定者の承継者を指定する権限を被指定者に与える。また後見人となることを承諾した被指定者は任意に辞任できないが承諾前に拒否することはできる。(iii) 父方の祖父 父が後見人を指定しなかったか、または父に指定された後見人が死亡したり、後見人となることを拒否したりすると、財産の後見は父方の祖父に帰属する。(iv) 父方の祖父の遺言によって指定された遺言後見人。父および父方の祖父以外の親族は、法律上は未成年者の財産の後見人となる権利を付与されていないが、父や父方の祖父の遺言によって遺言後見人に指定されている場合には、法律上も後見人となる。それ故に母は、法律上有効に遺言後見人として指定され、法律上の後見人として、その権限を行使することができる。父方の叔父、兄弟その他の親族についても同様である。

未成年者が贈与を受ける場合のように、純粹に未成年者の利益になる行為に関しては、後見人の権限に何らの制限も存在しない。しかし未成年者に利益をもたらすかもしれないが不利益をもたらすかもしれない法律行為、すなわち売買などに関しては、その対象となる財産が動産か不動産かによって後見人の権限も異なる。原則として、当該法律行為が未成年者の財産に明白かつ多大な損害を与えないかぎり、有効なものとして未成年者を

拘束する²⁾。すべての後見人は、善良なる管理者の注意をもって財産の管理に当らなければならないが、財産管理の費用は未成年者の財産から出してよいが収益権はない。

不動産について

一般に財産の管理権は処分権をも含むものであるがイスラム法においては、法律上の後見人は原則として未成年者の不動産に関する権利の得喪を目的とする行為を為すことはできない³⁾。但し次の場合には例外的にその権限を有する。

- ④ 未成年者が不動産の価値の二倍の対価を得ることができる場合。
- ⑤ 未成年者が他の財産を何も有せず、当該不動産を売却することが、未成年者を扶養するために絶対に必要である場合。
- ⑥ 不動産の管理費用がそれからあがる収益を超えている場合。
- ⑦ 不動産が朽ち果てている場合。
- ⑧ 不動産が強奪され、後見人が公正に取戻す機会はないと恐れるに足る理由がある場合。これら特定の場合は別として、法律上の後見人は、いかなる場合においても、未成年者の不動産に関する権利の得喪を目的とする行為を為す権限を有せず、これに反した場合にはかかる法律行為は無効である。

動産について

法律上の後見人は未成年者の衣食住を確保するために必要な場合には、未成年者の動産を売却したり担保に入れる権限を有する。

財産の後見人は未成年者と信頼関係に立ち善良なる管理者の注意をもって財産の管理に当らねばならないが、財産を現実化し、保存し、かつそれから利益を得るために合理的かつ適当な範囲内ですべての行為をなしうる。

(2) Court によって選定された選定後見人

法律上の後見人が存在しない場合には、Court が後見人を選定する。後見人を選定するにあたって Court は、個々の場合におけるあらゆる事情を考慮しなければならないが、特に未成年者の福祉を第一に何にもまさる考

慮事項とみるべきである。そのために Court は未成年者の年令，性別，宗派，後見人の人物すなわち性格や能力，財産状態，未成年者の近親あるいは死んだ親の意向，後見人と未成年者との過去および現在の関係，その他の事情を考慮すべきである⁴⁾。法律上の後見人でない親族（母，伯叔父，兄弟など）は選定後見人に選定される資格があるが，Court は特定の者の意思に反して，その者を後見人に選定することはできない。

不動産について

Court によって選定された選定後見人は，Court の許可なしには，未成年者の不動産に関する権利の得喪を目的とする行為を為すことはできない。すなわち未成年者の不動産を売却したり抵当に入れたり物上負担に供したり贈与したり，その他の方法で他人に譲渡することができないだけでなく，未成年者のために不動産を購入することもできない。また選定後見人は Court の許可なしに未成年者の不動産を5年あるいは未成年者が成年に達する日から1年を超える期間，他人に賃貸することはできない。以上に挙げた禁止条項に反して後見人がなした法律行為は未成年者において，これを取消することができる。

動産について

善良なる管理者の注意義務を怠らないかぎり，法律上の後見人よりも大きな権限を有する⁵⁾。但しその権限の内容については不明である。

(3) 事実上の後見人

事実上の後見人とは，法律上の後見人でも Court によって選定された選定後見人でもないのに未成年者の財産を事実上管理する者である。事実上の後見とは，法律上の義務がないのに，未成年者のためにその財産を管理する行為であり，意義，性質，成立要件，効果等において，いわゆる事務管理の制度に酷似している。事実上の後見人は，他の二種の財産の後見人とは本質的に異なり，財産の単なる管理者であり，その権限は，いわゆる保存，利用，改良行為の範囲に限定され，原則として処分行為は除外される。事実上の後見人は，義務としては善良なる管理者の注意義務に基く管

理の継続をはじめ種々の義務を負い、権利としては、その管理が未成年者の意思に反しないかぎり、本人に対する報酬請求権が認められている。事実上の後見人として未成年者のためにその財産を管理する者は母、兄弟、伯叔父などの一定の親族に限定され、未成年者と親族関係のない第三者は事実上の後見人とはなりえない点で、いわゆる事務管理とは異なる。事実上の後見が成立するためにも、事務管理の場合と同様、管理の法律上、事実上の利益を未成年者自身に帰属せしめようとする意思を必要とするものと解する。

不動産について

事実上の後見人は、善良なる管理者の注意義務をもって未成年者の不動産を管理する義務を負い、不動産に関する権利の得喪を目的とする行為を為すことはできず、これに反する行為は絶対に無効である。それ故に未成年者が成年に達した以後に事実上の後見人がなした処分行為を追認しても、それによって有効な処分行為とはならないし、何人も事実上の後見人の処分行為によって法律上有効な利益を受け得ない。このことから判るように事実上の後見人は「後見人」という名称を付与されてはいるが、その実質は単なる財産の管理者にすぎず、その権限は未成年者の財産に対する保存、利用、改良行為だけに限定され、処分行為はその権限に属さない。それ故に未成年者の必要性から不動産を処分しても法律上の効力は全く生じない。未成年者が当該処分行為を黙認していたとしても、有効な処分行為とはなりえず、また事実上の後見人が未成年者のために不動産の購入契約を締結してもそれは無効である⁶⁾。

動産について

事実上の後見人と言えども動産に関しては法律上の後見人と同一の権限を有し、未成年者の財産につき損害の発生を妨げ、または利益の増進をはかるための一切の行為をなすことができ、必ずしも財産の保存、利用、改良の行為に限らず、処分行為をも包含するものと解せられている⁷⁾。

未成年者の財産の後見の終了には絶対的終了と相対的終了とがある。前

者は、未成年者保護の必要の終了，すなわち被後見人の死亡，被後見人の成年などである。被後見人が成年に達したときには，本人が自分の財産を管理処分する能力が有るか否かが調べられて，その能力が有るものと判定された場合にはじめて本人が直接に財産を管理することが認められるのであり，能力のないことが明らかにされた場合には後見は依然として継続する⁸⁾。後者は，後見人の辞任，解任，死亡，欠格事由の発生などによる後見人の更替である。なおイスラム法には親権の観念は存在しないので従前の親権への移行による後見の終了はあり得ない。

- 註 1) シーア法によれば，祖父が生きているならば，祖父は父の遺言後見人に優先して後見人となる権利を有する。K.P. Saksena., *op. cit.*, p. 336.
- 2) Abdur Rahim, *Muhammadian Jurisprudence*, 1963, p. 345.
- 3) 「孤児には，その財産を渡してやれよ。よいものを自分でせしめて，その代わりに悪いものをやったりしてはいけない。彼らの財産を自分の財産と一諸にして使ってはいけない。そのようなことをすれば，大罪を犯かすことになる」(コーラン第4章2節)「孤児の財産を不当にも食らう者どもは，結局自分の腹の中に燃えさかる火を食っているようなもの。そのうち必ずぼうぼうと燃える火に焼かれることであろうぞ」(同章11節)「それからまた，孤児の財産(の保管者になった場合)はその子が成年に達するまでは，決して，それに手を出してはいかん。尤も改善してやるためならよいが」(コーラン第6章153節)「それから孤児の財産(を管理している場合)，その子が成年に達するまでは，よほどしっかりした口でもないかぎり，それに手をつけてはならぬ」(コーラン第17章36節)。
- 4) M.D. Manek, *op. cit.*, p. 72.
- 5) Asaf A.A. Fyzee, *op. cit.*, p. 198.
- 6) K.P. Saksena, *op. cit.*, p. 343.
- 7) *Ibid.*, p. 341.
- 8) 「だがアッラーから保管を委託された財産を白痴には渡してはいけない。その金で食べさせたり着せたりしてやるがよい。決して惨い口をきいたりしてはならぬぞ」(コーラン第4章4節)。

5. む す び

本稿においては，イスラム法における後見について若干の考察を試みた。

以下にイスラム後見法の特徴を列挙しかつ私見をのべて稿を閉じる。①イスラム法には親権の観念は存在せず、未成年者の心身の監護、財産の管理について権利義務を有する者は、親であれ親以外の者であれ、すべて後見人の名称の下に統一されている。後見には①身体の後見②婚姻の後見③財産の後見の三種類があり、各々別個の後見人の権限に属する。それ故に一人の未成年者が数種の複数の後見人をもつことになる。本来、親権の観念は権力関係としての親子関係の象徴であるから後見的なものとして見た方が理想的であり、この点からみればイスラム法はきわめて進歩的なものと思われる。②ハダーナ（幼児の身体に対する監護権）を第一次的に母に与え、身上監護を財産管理と併立する権利とみなしている。③婚姻の後見はイスラム法の特徴であり、父あるいは父方の祖父は強制後見人として未成年者あるいは女性成年者（マールキー派、シャーフィー派）の婚姻に対して無制限の権限を有する。しかし未成年者といえども意思能力のあるかぎり独立して完全に有効な身分上の行為をなしうべきものとするのが近代法の精神であり、身分上の行為は、その本質上、特に行為者本人の意思を尊重すべきものであるから、たとえば思春期の選択権を行使することにより婚姻を解消する余地は残されているとは言え未成年者にとって苛酷な制度である。イスラムの家族はイスラム以前の家父長制家族に比較すれば父権は緩和され、女性の人格も認められるようになったが、父および父方の男性親族の権限は依然として強く、未成年者の身上に強力な支配権を有していたことを如実に示している。④父および父方の祖父以外の親族は、遺言後見人である場合は別として、未成年者の財産を管理するにあたり、事実上の後見人と称され、単なる財産の管理者である。従ってその権限も法律上の後見人に比較して著しく制限されている。母に関しては考慮する余地があるのではないか。